

JOR 2016/147

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Almere

24 februari 2016, 3821875/MC EXPL 15-951; ECLI:NL:RBMNE:2016:954.

» Noot

1. Vindt na faillietverklaring een doorstart plaats, dan zijn op grond van art. 7:666 BW de bepalingen betreffende het behoud van rechten en verplichtingen van werknemers bij overgang van onderneming – behoudens de informatieplicht van art. 7:665a BW – niet van toepassing. De verkrijger van de onderneming is vrij in zijn keuze of hij werknemers van de failliet een arbeidsovereenkomst aanbiedt en zo ja, welke. Neemt hij personeel over, dan zijn de arbeidsvoorwaarden vrij onderhandelbaar (zolang die passen binnen de wettelijke eisen en de toepasselijke cao). Bovendien wordt de doorstarter niet opgezadeld met de schulden van de vervreemder jegens het overgenomen personeel.

2. De opgenomen uitspraak betreft de doorstart van een kinderopvangbedrijf door Smallsteps BV na het geruchtmakende faillissement van de Estro-groep in 2014. Deze doorstart werd gerealiseerd met gebruikmaking van een zogenoemde pre-packmethode. Daarbij deelt de rechtbank reeds vóór een aanstaand faillissement aan de onderneming mee wie in dat faillissement tot curator en rechter-commissaris zullen worden benoemd. Onder toezicht van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris wordt vervolgens het aanstaande faillissement voorbereid. Na de faillietverklaring kunnen zij dan, snel een goed geïnformeerd, een besluit nemen over het al dan niet effectueren van een reeds voorbereide verkooptransactie. Aldus kan voorkomen worden dat de hectische situatie

die veelal ontstaat als gevolg van een faillissement, een negatieve invloed heeft op de waarde van bedrijfsonderdelen of de kansen op een succesvolle doorstart. (Vgl. *Kamerstukken II*, 2014/15, nr. 3, p.6) De pre-pack wordt in de praktijk in Nederland reeds door acht van de elf rechtbanken gefaciliteerd. De Rechtbank Midden-Nederland doet dat overigens niet. Het thans bij de Tweede Kamer aanhangige voorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen I (wetsvoorstel 34 218) voorziet in een uitdrukkelijke wettelijke regeling van de pre-pack.

3. De rechtbank stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU. Centraal staat de vraag of een doorstart, waarbij gebruik wordt gemaakt van de pre-packmethode, valt onder de in art. 7:666 BW opgenomen uitzondering voor het geval dat de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

Art. 7:666 BW sluit aan bij het Abels-arrest, dat het Hof van Justitie van de EG in 1985 wees (HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900-902). Het Hof komt daarin tot de slotsom dat Richtlijn 77/187/EEG, inzake het behoud van rechten en verplichtingen bij overgang van ondernemingen, niet van toepassing is op de overgang in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard, indien althans de betrokken onderneming, vestiging of het onderdeel daarvan in de faillissementsboedel valt. Volgens het Hof laat dit onverlet de bevoegdheid van de lidstaten om naar eigen keuze de beginselen van de Richtlijn op een dergelijke overgang toe te passen. Met betrekking tot een overgang in het kader van een surseance van betaling oordeelde het Hof in hetzelfde arrest dat de Richtlijn wel onverkort van toepassing is. Het stelde in dat kader vast dat een procedure van het type

“surseance van betaling” enkele kenmerken gemeen heeft met de faillissementsprocedure, maar zich daarvan ook onderscheidt, doordat het toezicht van de rechter op de aanvang en het verloop van de procedure primair gericht is “op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming”. (Vgl. HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (*D’Urso*) en HvJ EG 7 december 1995, *NJ* 1996, 743 (*Spano/Fiat*).)

4. In het uit 1998 daterende arrest HvJ EG 12 maart 1998, «JAR» 1998/100 (*Dethier Equipement/Dassy*) heeft het Hof van Justitie het onderscheid tussen procedures die wel en procedures die niet onder de Richtlijn vallen, nader gedefinieerd. Het Hof oordeelde dat, om te bepalen of de overgang van een onderneming die onderwerp is van een procedure die overeenkomsten vertoont met een faillissement, onder de Richtlijn valt, het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd beslissend is, maar – en dat was nieuw – dat ook rekening moet worden gehouden met de modaliteiten van die procedure, met name met de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de Richtlijn.

5. In 1998 werd ook Richtlijn 77/187/EEG herzien (Richtlijn 98/50/EG). Een van de onderdelen van de herziening was het vastleggen dat de richtlijnbeoordelingen inzake behoud van rechten en verplichtingen en bescherming tegen ontslag niet van toepassing zijn “wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)”. De lidstaten kunnen echter

anders bepalen (zie thans art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG). Daar bleef het echter niet bij. Teneinde het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren werden tevens enkele bepalingen opgenomen die uitzonderingen op de algemene regels bij overgang van onderneming toestaan in geval van overgang in het kader van insolventieprocedures, ongeacht of deze procedures zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (zie thans art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG). Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor de achterstallige betalingsverplichtingen van de insolvente werkgever.

In de literatuur woedt een discussie over de vraag of de in art. 7:666 BW opgenomen uitzondering zich ook uitstrekt tot de situatie dat een curator de onderneming na het faillissement voortzet met het oog op een doorstart. Deze discussie heeft door de introductie van de *pre-pack* in het Nederlandse recht een nieuwe impuls gekregen.

6. Een aantal (voornamelijk arbeidsrechtelijk georiënteerde) schrijvers acht de uitzondering voor faillissementsprocedures niet van toepassing op een voorbereide doorstart, of plaatst daar in ieder geval vraagtekens bij. (Zie reeds R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, diss. Amsterdam (UvA), 2000, p. 157; R.M. Beltzer & I. Zaal, ‘Het voorontwerp Insolventiewet en het belang van de factor arbeid’, *SMA* 2008, p. 192-194; J. van der Pijl, ‘Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs’, *FIP* 2014(8) 364; R.J. van der Ham, ‘Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack’, *ArbeidsRecht* 2014/28 en P. Huffman & I.

Zaal, ‘De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen’, TAP 2014/98) Zij leiden uit het arrest Dethier/Dassy af dat het formele doel van de insolventieprocedure niet doorslaggevend is en vermoeden dat het Hof de uitzondering voor op liquidatie gerichte insolventieprocedures niet van toepassing zal achten wanneer de activiteiten van ondernemingen tijdens faillissement feitelijk worden voortgezet met het oog op een doorstart (hetgeen bij een *pre-pack* als regel het geval is). De faillissementsprocedure heeft volgens deze auteurs in de hier bedoelde gevallen ook niet meer uitsluitend het oog op het vereffenen van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij verwijzen zij naar jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit kan worden afgeleid dat de curator bij de uitoefening van zijn taak ook maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, dient te betrekken. (Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou*)) Verder roepen zij de werknemersvriendelijke, “materiële” benadering van de Richtlijn door het Hof in herinnering. (Zie o.a. HvJ EU 21 oktober 2010, «JAR» 2010/298 (*Albron*)) Zij verwachten op grond daarvan dat het Hof de in de Richtlijn opgenomen uitzondering voor op liquidatie gerichte insolventieprocedures niet formeel en beperkt zal uitleggen. Ten slotte wordt met betrekking tot de *pre-pack* verdedigd dat het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie vóór het faillissement is gelegen en de uitzondering voor een overgang ná dat moment dus niet aan de orde is. (Steun voor deze opvatting is te vinden in Hof ’s-Gravenhage 26 november 2004, LJN AR8066 en CRvB 29 juni 2005, USZ 2005/325 inzake het faillissement van Alphacare Thuiszorg.) De Commissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde

van Advocaten heeft zich in een advies aan de Minister van Justitie over het Voorontwerp Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I achter een belangrijk deel van de hier aangehaalde argumenten geschaard. (Zie: www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413)

7. Daartegenover staan andere auteurs, die erop wijzen dat ook een *pre-pack*procedure primair gericht is op liquidatie van de vennootschap die de onderneming drijft en verdeling van de opbrengst van de boedel onder de schuldeisers. (Zie M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de *pre-pack*!’, ArbeidsRecht 2013/47; E. Loesberg, ‘Hoe gaat het met de *pre-pack*?, TOP 2014 (4), 309; F.M.J. Verstijlen, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Zutphen: Paris 2014, p. 53-61; L.G. Verburg, ‘De doorstart in faillissement en het debiet van ‘662’’, FIP 2014(8), 361 en P. Schaink, ‘Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter’, *TvI* 2015/16. Vgl. Slotbrief Commissie Insolventierecht, Nijmegen, 23 juli 2009, p. 14) Dat maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, gewicht in de schaal leggen, doet volgens deze schrijvers niet af aan het primaire doel van de faillissementsprocedure. De in art. 5 lid 1 van de Richtlijn genoemde liquidatie-doelstelling zou bovendien geen betrekking hebben op de “faillissementsprocedure”, maar alleen op de daarin eveneens genoemde “soortgelijke procedures”. Met betrekking tot de stelling dat in geval van een *pre-pack* de overname reeds vóór de faillietverklaring gestalte krijgt, wordt door deze schrijvers benadrukt dat de *change of control* ook bij een *pre-pack* pas plaatsvindt na het faillissement.

De hiervoor aangehaalde argumenten zijn alle in de Estro-kwestie naar voren gebracht. Anders dan de Rechtbank Overijssel die in de Heiploeg-zaak geen reden zag art. 7:666 BW niet van toepassing te achten (28 juli 2015, «JOR» 2015/283, m.nt. Loesberg), is volgens de Rechtbank Midden-Nederland niet zonder meer duidelijk of een doorstart met behulp van de pre-packmethode onder de in art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG opgenomen uitzondering valt.

8. De twee rechtbankuitspraken leggen fraai bloot dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie geen uitsluitsel geeft over de vraag of art. 3 en 4 van Richtlijn 2001/23/EG van toepassing zijn wanneer een overgang plaatsvindt na opening van een insolventieprocedure die niet alleen gericht is op liquidatie van de *boedel* en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, maar tevens, zo mogelijk, de voortzetting van de *onderneming* beoogt. Welke doelstelling geeft dan de doorslag? (Vgl. F.B.J. Grapperhaus, in: ‘Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?’, *INSOLAD Jaarboek 1999*, Deventer: Kluwer 2010, p. 64) Voor de Rechtbank Overijssel is beslissend dat de boedel van de vervreemder wordt geliquideerd; de Rechtbank Midden-Nederland hecht vooral waarde aan de voortzetting van de door de te liquideren rechtspersoon gedreven onderneming, maar wil daarover – naar mijn mening terecht – uitsluitsel van het Hof van Justitie.

9. Ook met betrekking tot het tijdstip van de overgang lijkt de Rechtbank Midden-Nederland zich te scharen aan de zijde van de eerste groep auteurs. Zij acht het meer dan aannemelijk dat de overeenkomst, waarbij de onderneming van de schuldenaar wordt verkocht, materieel tot stand komt vóór het faillissement. Ik verwacht niet dat het Hof van Justitie de rechtbank op dit punt

zal volgen. Gelet op het Celtec-arrest van het Hof is voor de vaststelling van het tijdstip van de overgang niet beslissend wanneer tussen partijen overeenstemming wordt bereikt over de overgang, maar gaat het om het moment waarop de hoedanigheid van ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder overgaat op de verkrijger (HvJ EG 26 mei 2005, «JAR» 2005/205). De beoogd curator kan vóór het faillissement geen definitieve en bindende overeenkomsten sluiten over de verkoop van de rendabele onderdelen van de onderneming. De hoedanigheid van ondernemer gaat pas na dat moment over. (Vgl. F.M.J. Verstijlen, in: ‘Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod’, Preadvisie van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Zutphen 2014, p. 60 en M.R. van Zanten, ‘De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk – deel 2’, FIP 2015/6, nr. 311. Zie ook *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 33-35. Vgl. voorts HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/191 (*Happé/Scheepstra*) betreffende een tijdens de surseance van betaling voorbereide doorstart na faillissement)

10. Wat daarvan zij, de prejudiciële vragen van de rechtbank luiden een onzekere periode in voor de pre-pack, die, in ieder geval tot de uitspraak van het Hof van Justitie, ten koste zal gaan van de populariteit van de methode.

Ik merk tot slot op dat ik de inbreuk die het huidige recht op de werknemersbescherming maakt bij een doorstart na faillissement, disproportioneel acht. Een beter evenwicht tussen de bij de insolvente onderneming betrokken partijen zou mijns inziens bereikt kunnen worden door, net als in ons omringende landen, de bepalingen inzake overgang van onderneming van toepassing te verklaren op een doorstart na opening van een insolventieprocedure, maar de gevolgen

daarvan met toepassing van art. 4 en art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG te mitigeren. (Zie voor een gedetailleerd voorstel: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', TAP 2016/4) Dit zou niet alleen moeten gebeuren voor het faillissement, maar voor alle insolventieprocedures, ongeacht de vraag of deze op liquidatie zijn gericht. Een dergelijke aanpak zou tevens meebrengen dat afbakeningsproblemen als die in de geannoteerde uitspraak centraal staan, definitief tot het verleden behoren.

11. Voor deze noot is mede geput uit: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, VU Amsterdam, maart 2015 en dez., 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', TAP 2016/4.

prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens, hoogleraar sociaal recht Vrije Universiteit Amsterdam